

Banniza von Bazan, Joseph Leonhard,

Disquisitio de liberis in conditione positis, in institutione non
comprehensis

Oenipontum 1782

Diss. 849 d,5

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10842981-7

VD18 14840286-001

Diff 849^d (5)

DISQUISITIO

DE

LIBERIS

IN CONDITIO NE POSITIS,
IN INSTITUTIONE
NON COMPREHENSIS.

QUAM UNA CUM

POSITIONIBUS

EX

PANDECTARUM

LIBRIS XXVIII—XXX.

IN EXERCITIO JURIDICO

SUB PRÆSIDIO

JOS. LEONARDI BANNITZA

JUR. UNIV. DOCTOR., SAC. CÆS. REG. APOST.
MAJEST. CONSILIARII REGIM. INFER. AU-
STRIÆ, ET IN UNIVERSITATE OENIPONT. JURIS
CIV. ET CRIM. PROF. PUBL. ET ORD.

PROPUGNANDAM SUSCEPIT.

PRÆNOBILIS DOMINUS

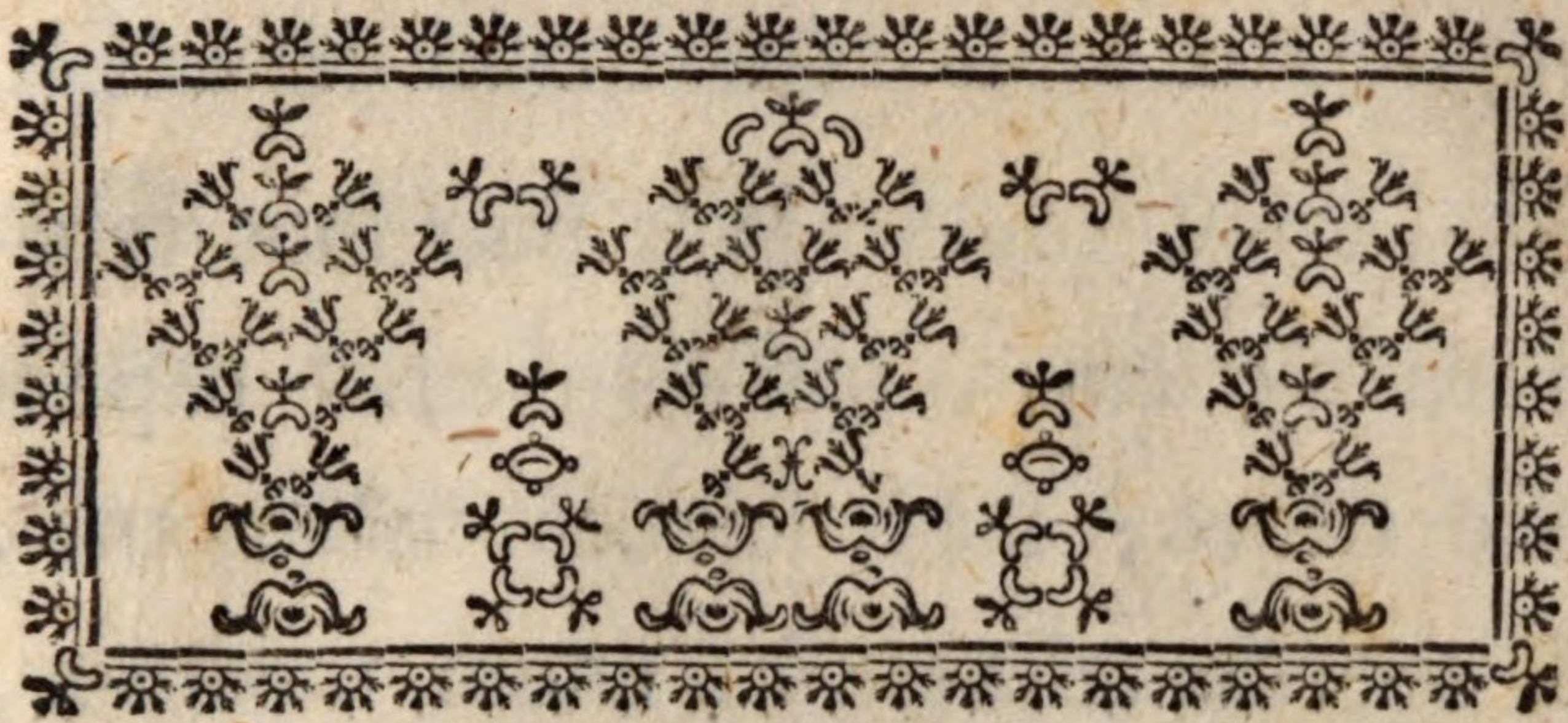
JOAN. JACOB. BENED. MEISBURGER
BETZAVIENSIS EX SYLVA BRIGANTINA.

Mense Julio, Anno 1782.

SUPERIORUM PERMISSU.

OENIPONTE, LITERIS TRATTNERIANIS.

Bayerische
Staatsbibliothek
München



POSITIONES

E X

P A N D E C T A R U M

LIBRIS XXVIII — XXX.

I.



ater & avus maternus necesse
non habent, liberos suos hæ-
redes instituere, vel nominatim exhæ-
redare, sed possunt illos silentio præ-
terire; id quod tamen per Novell.
CXV. cap. III. mutatum videtur.

II.

II.

In institutione *pura* duo sunt tempora extrema, quibus hæres capax esse debet, facti scilicet testamenti, & mortis testatoris: unum medium, quo juris mutatio non nocet. In institutione autem *conditionali* est & tertium tempus extremum, conditionis scilicet existentis, hinc intermedia, quæ non nocent, duo sunt.

III.

Substitutio vulgaris continet casum & *noluntatis*, si hæres esse nolit, & *impotentia*, si hæres esse non possit; adeo ut unus casus expressus tacite comprehendat & alterum non expressum.

IV.

Exspirat substitutio vulgaris, si hæres institutus hæreditatem adierit, adeo

adeo ut, licet minor, qui hæreditatem adiit, contra aditionem postea restitutus sit, substitutus nihilominus exclusus maneat.

V.

Substitutio pupillaris expressa in se tacite continet vulgarem, & sic vice versa; proindeque utrumque casum exprimi, jure novo non est necesse. Nam si pater filio impuberi in alterutrum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligitur.

VI.

Pupillariter tantum substituere potest pater, qui liberos in potestate habet, five eos institueret, five exhæredicaret: non vero mater, licet tabulæ, quibus mater filio impuberi vulgariter substituit, ratione ætatis, cui substituitur, pupillares dici possint.

VII.

VII.

Quodsi casus pupillaris existat, & filius intra pubertatem decesserit, substitutus admittitur, exclusis etiam filii hæredibus legitimis, nec non & matre ipsa; siue substitutio pupillaris *expressa* fit, siue *tacita*; adeo ut mater neque querelam inofficiosi testamenti habeat, neque portionem legitimam petere possit.

VIII.

Casus pupillaris propter pupilli utilitatem non tantum existere intelligitur, si filius hæreditati paternæ sese immiscuerit, sed & si bonis paternis se abstinuerit: per nudam enim hæredis existentiam tabulæ pupillares jam confirmantur.

IX.

Licet beneficium inventarii jure Codicis fuerit introductum, tamen hoc
ipso

ipso jus deliberandi non est abrogatum, sed si hæres beneficium inventarii neglexerit, potest adhuc uti jure deliberandi, quo tamen casu omnia commoda beneficio inventarii adnexa amittit.

X.

Codicilli nullam fere solemnitatem ordinationis desiderant; adeoque quinque testes, etiam fæminæ, unitasque actus sufficiunt. Quæ secus se habent in testamentis; adeo ut, si quædam solemnia juris defint, testamentum tanquam injustum non subsistat.

XI.

Nisi forte adjecta sit clausula codicillaris, qua testator dicit: *Sese velle, ut, si testamentum non valeat tanquam testamentum, valeat jure Codicillorum.* Hæc itaque clausula testamentum ratio-

tione solemnitatem externarum invalidum sustinet in vim fideicommissi; non tamen, quod nullum est ratione solemnitatem internarum, veluti ratione voluntatis testatoris, exhæredationis, præteritionis, aut non aditæ hæreditatis.

XII.

Clausula codicillaris testamento expresse non adjecta tacite non subintelligitur; alias enim nullum testamentum esset injustum.



DISQUISITIO

DE

LIBERIS

IN CONDITIONE POSITIS,

IN INSTITUTIONE NON

COMPREHENSIS.

§. I.

Solemnitas testamentorum interna potissimum consistit in idonea heredis institutione, quia testamenta vim ex heredis institutione accipiunt, & ob id velut caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio §. 34. *J. de legat.* Est autem HEREDIS INSTITUTIO nihil aliud, quam *designatio successoris in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit arg. L. 24. D. de verb. signif.*; eaque non incongrue dividitur in VOLUNTARIAM, & NECESSARIAM. Voluntaria est earum personarum, quas quis pro lubitu vel instituere, vel præterire potest;

potest; necessaria vero eorum est, qui necessario vel instituendi, vel exheredandi sunt, quales sunt *liberi*, de quibus hic tantum agitur; *parentes*; nec non casu quodam *fratres* & *sorores*. Equidem jure antiquo pater pro lubitu liberos suos vel instituere, vel exheredare, vel penitus silentio præterire poterat, quia *lege XII. tabul.* cautum erat: *uti paterfamilias de familia, pecunia, tutela rei suæ legasset, ita jus esto.* Ex quo inferebant Juri Romani, latissimam eidem hacce lege concessam esse facultatem; pro lubitu disponendi, ita ut liberos aut instituere, aut exhereditare, aut præterire potuisset. *L. 120. D. de verb. signif. L. 11. D. de lib. & post.*

§. II.

At vero. quum parentes sæpe malignum ferrent judicium de proprio sanguine suo, & novercalibus

bus deliniti blanditiis liberos etiam infantes, & nihil tale meritos, reluctantem ipsa natura exheredarent, uti exemplo C. Tettii constat VAL. MAX. VII. 7., liberis injuste exheredatis prospectum fuit, ita ut iis non tantum querela inofficiosi testamenti, qua testamentum patris tanquam contra officium pietatis factum rescindebatur, concessa est (*a*), sed insuper speciali lege cautum fuit, ut pater, qui filium in potestate habebat, curare debeat, ut eum aut heredem instituat, aut nominatim exheredem faciat. *pr. J. de lib. exheredand. L. 4. C. de lib. præd. §. exheredat.*, nam valde ignominiosa erat præteritio, præsertim quum proprium aliqujus nomen suppressere contumelia non careret; & contra honori sibi ducebant, qui primo loco, vel cum elogio heredes scripti erant, & ideo, qui aliquid accipiebant, HONORARIi dicebantur. *L. 3. §. 2. D. de legat.*

*præst. L. 15. D. ad Leg. Cornel.
de fals. L. 1. C. comm. de legat.*

(a) MEÆ Disquisit. jur. plan. ac. contro.
Pandect. Tom. I. Disq. V. §. 4.

§. III.

Quum itaque pater filium, quem in potestate habebat, aut heredem instituere, aut nominatim exheredem facere debuerit (§. 2.), sequitur I), ut filiis neque institutis, neque nominatim exheredatis testamentum ipso jure nullum esset *pr. J. de exher. lib. L. 30. D. de lib. & posth. L. 1 D. de injust. rupt. irr.*, quia filiusfamilias vivo etiam patre quodammodo dominus existimatur, & post mortem patris hereditatem non percipere, sed magis liberam bonorum administrationem consequi videtur *L. 11. D. de lib & posth. §. 2. J. de hered. qual. & differ.*; adeo ut, si vivo patre filius mortuus sit, jure civili nemo heres ex testamento

to

to existere possit, quia illud ab initio non substiterit *L. 7. D. de lib. & postum. L. 1. D. de reg. cat.*, licet jure prætorio secus sit *L. 1. D. de bon. poss. contr. tab. L. 2. pr. D. de bon. poss. sec. tab.*, quo etiam, si filius patri superstes bonis paternis se abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur *L. 17. D. de injust. rupt. irr.*; II) ut hæc juris dispositio tantum pertineret ad suos, seu in patria potestate constitutos, non emancipatos; ad legitimos, non illegitimos; ad liberos primi, non ulteriorum graduum; ad filios, non filias; ad naturales, non adoptivos; ad natos, non nascituros, seu postumos; III) ut ob hanc ipsam rationem leges majorem *illorum*, quam *horum* rationem intuitu institutionis, & exheredationis haberent.

§. IV.

Quumque leges majorem illorum, quam horum rationem haberent

rent intuitu institutionis & exheredationis (§. 3. III), facile intelligitur, cur diversa quoque jura circa suos & emancipatos, circa filios, & filias, circa natos & nascituros, circa primi & ulterioris gradus liberos ratione institutionis & exheredationis obtineant. Ex quo sequitur I), ut filii naturales, legitimi, & sui, & adoptivi in potestate constituti necessario aut instituendi, aut nominatim exheredandi fuerint *pr. & §. 4. J. de exher. lib.*; alias enim, si pater filium, quem in potestate habebat, silentio præteriisset, inutiliter testabatur, & testamentum ipso jure nullum erat (§. 3. I.); II) ut filiaë, & reliqui per virilem sexum descendentes liberi, id est, nepotes nepotesve ex filiis vel instituendi, vel inter ceteros exheredandi fuerint, neque tamen testamentum infirmarent, sed jus adcrescendi haberent *pr. J. de exher. lib.*, quo suis heredibus adcrefcebant ad virilem, extraneis vero

ro ad dimidiam partem ULPIAN. *T. XXII. §. 16. & 17. CAJI Lib. II. Tit. III. §. 1. PAUL. Lib. III. sentent. IV. §. 21.*; III) ut emancipatos, aliisve modis a patria potestate liberatos *L. 1. §. 6. D. de bon. poss. contr. tab. jure civili necesse non fuerit heredes instituere, vel exheredare, quia non sunt amplius sui heredes §. 3. J. de exher. lib.*; quamvis tamen Prætor, quasi rescindens eorum capitis deminutionem *L. 6. §. 1. D. de bon. poss.*, eos vel institui, vel masculos nominatim, foeminas inter ceteros exheredari jubeat, ceteroquin bonorum possessionem contra tabulas promittit *§. 3. J. de exher. lib. L. 4. L. 6. D. de bon. poss. contr. tab.*, quam dum tribuit, re ipsa hereditatem dare videtur *L. 1. L. 2. D. de bon. poss.*; IV) ut emancipati a patre adoptivo neque jure *civili*, quia sui heredes esse desinunt, neque jure *prætorio*, quia simul nomen liberorum amittunt

L.

L. 4. D. si tab. test. null. extab. L. 1. §. 6. L. 3. §. 2. D. de bon. poss. contr. tab., inter liberos connumerarentur §. 4. *J. de exher. lib.*, ideoque nec institui, nec exheredari debuerint, sed silentio præteriri potuerint; V) ut, si emancipati fuerint a patre adoptivo, vivo adhuc patre naturali §. 10. *J. de hered. quæ ab intest.*, inciperent in ea causa esse, in qua futuri essent, si a naturali patre emancipati essent §. 4. *J. de exher. lib.*; adeoque hoc casu, ne utriusque parentis exciderent successionem, voluerit Prætor, eos jus naturale liberorum recuperare *L. 4. D. si tab. test. null. extab.*

§. V.

Ex eodem ulterius sequitur VI), ut postumi quoque heredes aut instituendi, aut exheredandi fuerint *L. 10. D. de lib. & post.*, nam, licet postumi tanquam personæ incertæ ne qui-

quidem institui potuerint §. 25. *J. de legat.* ULPIAN. *T. XXII. §. 4.*, tamen testamentum paternum, in quo præteriti erant, rumpebant *L. 12. D. de lib. & posth. L. 3. C. de posth. hered. instit.*, si postea nati fuerint, vivi & perfecta humana specie, ideoque receptum fuit, ut vel heredes instituantur, vel exheredentur, & quidem masculus nominatim, foemina vero & nepos inter ceteros, modo illi aliquid legatum sit, ne per oblivionem præterita videatur §. 1. *J. de exher. lib.*; VII) ut nihil interfuerit, an postumi essent veri, an quasi tales: VERI sunt, qui post mortem patris nascuntur sui *L. 3. §. 1. D. de injust. rupt. irr. L. 6. pr. D. de inoffic. test.*, sic dicti, non quod post humatum patrem nati sunt, uti vult ISIDOR. *Lib. XIX. cap. 5.*, sed quod postremi, seu postremo loco nati sunt *Gell. Lib. II. cap. 16. PLAUT. in Aul Act. II. Sc. I. v. 40. 41. 42.*; unde & alio nomine *posteriores*

riores vocantur *L. 3. §. 3. D. de injust. rupt. irr.*; postumi QUASI TALES sunt, qui originem ex fictione variarum legum traxerunt, iique erant 1) postumi AQUILIANI, id est, nepotes post mortem avi sui nati, præmortuo Filio, instituendi, vel exheredandi ex formula Galli Aquilii Jæti, quæ ita habet: *Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt* *L. 29. pr. & sqq. D. de lib. & post.*; vel 2) VELLEJANI ex lege Julia velleja, quæ duo habuit capita; secundum primum hujus legis caput postumi, qui sui nascituri sunt post testamentum, patre mortuo, vivo tamen testatore avo instituendi sunt, ex Legis Juliae vellejæ capite primo, quod ita conceptum videtur: *Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt, here-*

heredes instituendi, vel nominatim exheredandi jus habeto; id nisi fiat, testamentum ejus ruptum esto L. 29. §. 12. L. 3. pr. §. 1. D. de. injust. rupt. irr.; secundum alterum hujus legis caput instituendi erant nepotes, qui ante testamentum avi nati, succedentes postea in locum patris sui demortui, quasi sui heredes agnascuntur: hi ergo, ne quasi agnascendo rumpant testamentum, instituendi, vel exheredandi sunt ex legis Vellejæ capite secundo L. 29. §. 13. D. de lib. & post. §. 2. J. de exher. lib. L. 13. D. de injust. rupt. irr., quod ita conceptum est: Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi ejus & cæteri in locum suorum heredum succedunto; qui nisi instituti, vel exheredati sint, ad exemplum postumorum, testamentum ruptum esto. L. 29. §. 13. & 14. D. de lib. & post., qui utrique quasi postumi Vellejani dici solent; 3) JULIANI, id est, nepotes, qui post testamentum avi vivo patre suo

suo nati, mox patre decedente in ejus locum succedunt; duobus quasi capitibus Legis Vellejæ commixtis, instituendi ex sententia Juliani *L. 29. §. 15. D. eod.*; 4) CORNELIANI, qui ante captivitatem patris concepti, capto ab hostibus patre, in civitate nati sunt: hi enim aut instituendi, aut exheredandi erant ex fictione Legis Corneliæ *L. 15. D. de injust. rupt. irr.*; unde & *Cornelianii* vocari solent.

§. VI.

Verum hæc omnia vetustas introducebat, tantæque erant juris veteris Romani ambages. At vero Imperator JUSTINIANUS omne discrimen inter suos & emancipatos, inter natos & postumos, inter sexum & gradum penitus sustulit, atque generaliter statuit, *ut omnes, sive sui, sive emancipati, a Patre vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, sive jam nati, sive in utero constituti postea*

nati sunt. L. 4. C. de lib. præterit. §. 5. J. de exher. lib. Ex quo sequitur, ut omnes indistincte liberi, five sui, aut emancipati, five nati aut nascituri, five filii, aut filiaë, five primi, aut ulterioris gradus sint, jure novo a Patre vel heredes institui, vel nominatim exheredari debeant; quod secus est in matre, avove materno, nam mater, vel avus maternus necesse non habent, liberos suos heredes instituere, vel nominatim exheredare, sed possunt eos silentio omittere, quia silentium matris, & avi materni, & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris, quia matri & avo materno neque sui heredes sunt, neque esse desierunt §. 7. *J. de exher. lib. L. 4. §. 2. D. de bon. poss. contr. tab. L. 13. D. de suis & legit. hered.* Ut autem liberi dicantur *instituti*, verbis dispositivis & expressis facienda est institutio liberorum, nam in conditione positos esse non suffi-

sufficit, veluti si quis testamento dixerit: *Si filius meus me vivo decedat, Cajum instituo*: liberi enim positi in conditione non sunt positi in dispositione, seu institutione; id quod infra explanato jure plano hujus tituli pluribus fundamentis comprobatum dabimus. Ceterum, ut liberi dicantur *rite exheredati*, requiritur I), ut exheredatio, quæ est hereditatis lege datæ rite facta ademptio *L. 19. D. de lib. & post.*, fiat nominatim, id est, ut prænomen, nomen, cognomen, vel agnomen dicatur, vel certa demonstratione filius significetur, demonstratio enim vice nominis fungitur *L. 1. L. 2. L. 3. pr. D. eod. §. 5. J. de exher. lib.*; II) ut fiat pure, non sub conditione *L. 3. §. 1. D. eod.*, exheredatio enim est poena, quæ supponit delictum jam commissum, & non committendum: nisi in defectum conditionis quoque exheredatio facta sit *L. 4. C. de instit. & substit.*, veluti si pater diceret: *filius meus*

meus exheres esto, si Meviam duxerit in uxorem, & si eam non duxerit, tamen exheres esto: quo casu filius pure & absolute exheredatus censetur, adeoque testamentum quidem est validum, sed, quia exheredatio sine justa causa facta est, querela inofficiosi impugnari potest; III) ut fiat a tota hereditate *L. 19. D. de lib. & post.*, nam liberi, etsi in re minima heredes scripti sint, non possunt dici exheredati, sed iis hoc in casu tantum competit actio suppletoria, quæ tendit ad supplendum id, quod deest legitimæ *L. 30. C. de inoffic. test. Nov. 115. cap. 5.*; IV) ut fiat a cunctis heredibus, & ab omni gradu *L. 3. §. 2. & seqq. D. de lib. & post.*, id est, ut liberi neque sint instituti, neque substituti; V) ut fiat ex justa causa testamento nominatim inferenda *Novell. 115. Cap. 3. pr.*, nam ut exheredatio cum effectu fiat, jure novo causa exheredationis in testamento nominatim exprimenda est; alias enim,

fi

si testamentum sine elogio factum sit, non erit quidem ipso jure nullum, sed rescindendum per querelam, scilicet testamenti inofficiosi. *Nov. 115. Cap. 3. §. ult. Cap. 4. §. ult.*

§. VII.

Quum itaque exheredatio ex justa causa fieri debeat, (§. 6. v.) illa autem fit justa, quæ legibus adprobata est, sequitur I), ut liberi ex illis duntaxat causis, quas Imperator JUSTINIANUS in *Novell. 115. Cap. 4.* expressit, exheredari possint; II) ut tamen similes, vel graviores causæ ejusdem generis non excludantur *arg. L. 10. §. seq. D. de legib.*, quia tunc obtinet interpretatio declarativa, quæ in legibus etiam poenalibus semper locum habet; III) ut contra non admittantur aliæ & diversæ causæ, licet graviores, quia interpretatio extensiva in poenalibus exulat. Justas autem exheredationis causas, quæ olim pendebant ab arbitrio Centumvirorum, qui

qui de inofficioso testamento cognoscebant, & quorum erat merita exheredati perpendere *L. 3. §. 5. D. de bon. poss. contr. tab. L. 19 C. de lib. præd. & exher. L. 7. pr. de bon. dam.*, Imperator JUSTINIANUS determinavit, easque enumeravit in *Nov. 115. Cap. 3. & 4.*, quatuordecim scilicet ratione LIBERORUM; veluti 1) injuria verbalis gravior; 2) injuria realis; 3) insidiæ vitæ parentum struæ; 4) delatio, ex eaque damnum sequutum; 5) consuetudo cum maleficis; 6) impedimentum patri testamentum condituro objectum; 7) cura patris furiosi non habita; 8) lytrum pro patre captivo non solutum; 9) hæresis; 10) accusatio patris; 11) incestus cum noverca, vel patris concubina admissus; 12) mimorum invito patre sectatio; 13) fidejussio pro patre carceri mancipato non præstita; 14) filiæ minorennis, quam pater oblata dote elocare voluit, vita meretricia. Causæ illæ exheredatio-

nis a JUSTINIANO in cit. Novella statutæ non tantum de filiis, sed & filiabus intelligendæ sunt, ita tamen, ut causa *decima tertia*, & *decima* ad solos filios, *ultima* vero ad solas filias pertineat.

§. VIII.

Quumque Imperator JUSTINIANUS omnem inter liberos differentiam sustulerit, atque voluerit, omnes liberos a patre vel heredes institui, vel nominatim exheredari (§. 5), sequitur I), ut jure novo sui æque ac suæ præteriti testamentum paternum nullum dicant, illudque tum ratione institutionis, tum ratione legatorum infirment; ita ut nec institutio, nec legata & fideicommissa, nec donationes mortis causa, aliave testamenti capita subsistant *L. 17. D. de injust. rupt. irr. testam. Novell. 113. Cap. 3. Auth. Ex causa C. de lib. præt.*; II) ut idem dicendum sit, si liberi positi sint

sint in conditione, quoniam hi in dispositione, seu institutione positi non intelliguntur, sed potius pro præteritis habentur *L. 16. D. de vulg. & pupill. subst.*, id quod infra pluribus ostendemus; III) ut postumi & postumæ testamentum paternum agnatione rumpant *L. 12. D. de lib. & post. L. 2. L. 3. C. de post. her. instit.*, quia incidit in casum, a quo non potest incipere *L. 98. pr. D. de verb. obl. junct. pr. J. de exher. lib. L. 1. D. de lib. & post.*, idque procedit, si ve fit agnatio *naturalis* & vera, cum scilicet heres suus post factum testamentum naturaliter natus est *L. 3. §. 1. D. eod. L. 3. C. de post. her. instit.*, si ve fit agnatio *civilis*, quæ triplici modo contingere potest, 1) si testator, qui ex ascendentibus est, aliquem adoptet *L. pen. C. de adopt.*; 2) si liberi naturales legitimentur per subsequens matrimonium *§. 2. J. de hered. quæ ab intest.*; 3) si nepos succedit in locum sui heredis, & ita te-

statori quasi agnascatur §. 2. *J. de exher. lib.*; IV) ut emancipati præteriti, licet antea iis a Præatore data fuerit bonorum possessio contra tabulas *L. 4. C. de lib. præt.*, jure tamen novo pariter ac sui præteriti habeant querelam nullitatis, qua paternum testamentum impugnare possunt, quia differentia inter suos & emancipatos est sublata, & emancipati æquati sunt suis §. 5. *J. de exher. lib.*, ita ut æque ac sui vel heredes instituendi, vel nominatim exheredandi sint, adeoque non amplius indigeant remedio prætorio, quod iis, quum antea impune præteriri potuerint, absolute necessarium fuit; V) ut liberi injuste exheredati a patre habeant querelam inofficiosi testamenti, qua petere possunt, ut testamentum tanquam inofficiosum rescindatur, & ipsi heredes ab intestato declarentur: & quidem jure antiquo totum testamentum corruebat, ita ut nec legata, nec fideicommissa deberentur, nec quicquam ex eo valeret

leret *L. 8. §. pen. L. 28. D. L. 13. C. de inoffic. test.*, jure autem novo per querelam sola evertitur heredis institutio, legata vero, aliaque testamenti capita salva manent *L. 115. Cap. 3. §. ult. Cap. 4. §. ult.; VI)* ut liberis a matre, avove materno præteritis pariter competat querela inofficiosi, quia silentium matris, & avi materni, & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris, seu præteritio matris, avive materni est loco exheredationis patris (§. 6); quod tamen per *Novell. 115. Cap. 3.* mutatum videtur, in qua clare statuitur: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, aut avo vel avia, proavo vel proavia suum filium vel filiam, vel ceteros liberos præterire, aut exheredes in suo facere testamento, - - - nisi forsitan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Ex quo ergo patet, Ju-

STINIANUM in hac ipsa Novella obligationem liberos aut instituendi, aut eos nominatim exheredandi æqualiter tum patri, tum matri injunxisse, & non amplius ad patriam potestatem, quæ jure antiquo observabatur (§. 3), respexisse, sed potius ad naturalem amorem, & inclinationem parentum erga liberos, qui secundum ipsam naturam æqualis esse debet tam in patre, quam in matre, adeoque jure novo uterque parens necesse habet, liberos aut nominatim instituere, aut nominatim justa ex causa exheredare; & si parentes hoc non fecerint, eorum testamenta nullum fortiuntur effectum, adeoque stante hac Novella præteritio matris non amplius est loco exheredationis patris; id quod jure Germanico eo minus dubii habet, quoniam patria potestas, ejusque effectus, qui jure Romano inde fluebant, in foris Germaniæ nunquam recepti fuerunt, sed apud Germanos omni ævo potestas in liberos parenti-

rentibus æqualis fuit, & ideo non patria, sed parentum potestas dicebatur (a); VII) ut tamen hæc obligatio cesset in milite testatore, qui necesse non habet liberos suos instituere, vel nominatim exheredare, sed silentium ejus pro exheredatione valet §. 6. J. de exher. lib. L. 12. D. de bon. liber. L. 9. L. 10. C. de test. milit., ita ut testamentum militis non tantum non sit nullum, sed nec per bonorum possessionem contra tabulas, nec per querelam inofficiosi infirmari possit L. 9. C. de inoffic. test., dummodo sciverit miles, se liberos habere cit. L. 9. C. eod., quibus tamen portionem legitimam per conditionem ex lege petendam non negamus arg. Auth. Presbyteros C. de Episc. & Cler. L. 30. L. 32. C. de inoffic. test. Novell. 18. Cap. 1.

(a) MEA Disquisit. de analogia jur. German. civ. comm. & jur. provinc. Austr. Bohem. Morav. & Tyrol. quoad tutelam. §. 15 — 20.

§. IX.

Imperator JUSTINIAEUS non solum causas exheredationis ratione *Liberorum* statuit (§. 7), sed & causas, ob quas parentes, & fratres ac sorores exheredes scribere licet, simul determinavit, & quidem octo ratione *Parentum*, & tres ratione *Fratrum* ac *Sororum*. Causæ, ob quas liberi parentes exheredare possunt, sunt hæ: 1) accusatio liberorum; 2) infidiæ eorum vitæ structæ; 3) stuprum nuri vel concubinæ filii illatum; 4) impedimentum filio testamentum condituro objectum; 5) non redemptio filii ex captivitate; 6) cura furiosi non suscepta; 7) venenum alteri parenti præbitum; 8) hæresis in synodis damnata. *Novell. 115. Cap. 4.* Causæ, ob quas fratres & sorores exheredes scribere licet, sunt 1) infidiæ vitæ structæ; 2) accusatio criminis; 3) periculum bonis intentatum. *Novell. 22. Cap. 47.* His autem causis

sis tunc demum opus est, si heredes
 scripti infamiæ, vel turpitudinis, vel
 levis notæ macula aspergantur *L. 27. C. de inoffic. test.*; quorum numero &
 spuii habendi sunt, licet enim nec
 infamia meriti, nec lege notati sint,
 quin tamen labes aliqua & macula
 ex vitio & defectu natalium iis ad-
 hæreat, negari nequit *L. 3. §. 2. D. de decur. Deut. XXIII. §. 2.* Ce-
 terum & in terris *Austriacis* hæ cau-
 sæ exheredationis hic, & in (§. 7) re-
 censitæ locum quoque habent: nisi
 quod simul addatur, si liberi adhuc
 minores sine consensu parentum
 contrahant matrimonium, quo casu
 a parentibus exheredari possunt; &
 vice versa, si conjux conjugii vene-
 num dederit, pars nocens a liberis
 exheredari potest; præterea qui abs-
 que consensu Principis in exteras re-
 giones se recipiunt, hereditatis acqui-
 rendæ incapaces sunt vi *Edicti de*
anno 1752. die 19. Junii. Denique
 jure *Austriaco* nec attenditur, an li-
 beris

beris titulo institutionis, aut alio titulo quid relictum sit, modo parentes non præteriisse liberos adpareat *vid. Landtafel Lib. III. tit. 20.*, alias enim liberi a parentibus aut plane præteriti, aut injuste exheredati testamentum rescindunt *vid. Landtafel Lib. III. tit. 39.* Læsi autem in legitima agunt ad supplementum legitimæ, idque procedit in suis & emancipatis, in natis & postumis, in masculis & foeminis; exceptis tamen filiabus nobilium provincialium, quæ ex jure speciali a patre avove præteriri possunt, quam diu agnatus in linea recta existit *vid. Erbrecht außer Testament. tit. 12. §. 1.*; secus autem est in matre & avia, quæ filias, aut neptes præterire nequeunt.

§. X.

Exposuimus hætenus jus planum secundum ordinem a cel. HEINECCIO in Pandectarum titulo: *De libe-*

*liberis & postumis heredibus instituen-
dis, vel exheredandis: servatum. Tran-*
simus nunc ad quæstionem illam, cu-
jus mentionem facit frontispicium hu-
jus Disquisitionis, scilicet *utrum libe-
ri positi in conditione, quoque positi
sint in dispositione, seu institutione?*

Utilitas hujus quæstionis se se com-
mendat duobus in casibus, PRIMUS
est, si testator ita scripsit: *Si filius
meus literas non colat, sit meus he-
res Cajus.* Jam si filius in conditio-
ne positus, sit quoque positus in di-
spositione, seu institutione, testamen-
tum valebit; si non, erit nullum, ita
ut & legata & cetera testamenti capita
corruant (§. 8. I). SECUNDUS ca-
sus est: *Filius mihi heres esto, & si
sine liberis decesserit, Sempronius he-
res esto.* In hocce casu, si liberi cen-
seantur vocati ex testamento, debe-
retur superstitibus illis hereditas Avi
per modum fideicommissi, quod in-
tuitu Sempronii deficit, utpote defi-
ciente conditione, sub qua Sempro-
nius

nus fuit fideicommissarie substitutus, ut consequenter bona illa pater eorum alienare non possit *L. 3. Comm. de legat. Auth. Res, quæ C. eod.* Sin vero fecus, liberam de bonis, tum inter vivos, tum mortis causa, haberet eorum pater disponendi facultatem.

§. XI.

Testatoris declaratio, qua de eo, quod post mortem suam fieri velit, determinat, DISPOSITIO nuncupatur; qua demonstrat autem eventum, a quo suæ dispositionis effectum cupit suspensum, CONDITIO vocatur: id circo *positus in dispositione* dicitur, cui testator ex bonis suis aliquid reliquit; *positus vero in conditione* dicitur, cujus in verbis conditionem præseferentibus mentionem fecit. Atque hæc ideo consulto præmittenda duximus, ut protinus in exordio constet, qua de re discursum, & quidem haud inutilem instituturi simus. Ut autem
tem

tem rem ipsam aggrediamur, non dubitamus adferere, liberos in *conditione* positos, esse quoque in *dispositione*, non solum repugnare ipsis legibus, sed & rationi ipsi, id quod ex sequentibus fundamentis fat luculenter adparebit.

§. XII.

PIMUM itaque hujus adsertionis fundamentum collocamus in eo, quod tritissimi juris fit, conditionem nihil ponere in *esse*, seu non *disponere*, id est, verba conditionis sua natura esse tantum *enunciativa*, nunquam *dispositiva*. Dispositio quidem testatoris voluntatem exprimit, & quid post mortem suam fieri velit, declarat (§. I I): at vero conditionis verba nullatenus continere voluntatis ejusdem declarationem fatis in aprico est. Quid enim testator in hisce verbis conditionalibus: *Si filius sine liberis decesserit*, disponit? quid fieri se velle

velle declarat? Certe nihil amplius, quam in his verbis: *Si navis ex Asia redierit, Titius heres esto.* Quam parum fane in *posteriore* casu, navem esse in dispositione, quisquam sanus dixerit, testator enim non disponit, neque ut navis redeat, aut si redierit, non venit ex dispositione testatoris, sed per casum, neque ut aliquid navis reversa sibi capiat ex hereditate, sed ut redeunte navi heres sit Sempronius, testator duntaxat voluit: hinc æque parum in *priore* casu liberos esse in dispositione mihi persuadere possum.

§. XIII.

ALTERUM fundamentum desumimus ex hac testamenti formula: *Mevius, si servum suum nequam e domo ejecerit, heres esto.* Jam quis crediderit, quod servus nequam positus in conditione, quem testator quam maxime odio habuit, sit quoque in dispo-

dispositione, saltem tacite? hoc sane nemo a se impetrabit, ut credat; quia scilicet nulla plane adest ratio sufficiens, ex qua testatoris animus, servum nequam in dispositione comprehendendi, conjecturari possit. Quum autem idem ob eandem rationem ad liberos in conditione positos adplicari possit, consequens ergo est, ut liberi in conditione positi, nullo modo in dispositione, seu institutione positi intelligantur, adeoque neque pro institutis, neque pro substitutis haberi queant, sed testamentum patris querela nullitatis ab iis tanquam præteritis impugnari possit.

§. XIV.

TERTIUM fundamentum nobis præbet hæc testamenti formula, veluti si testator voluntatem suam ita declarasset: *Si heres meus sine liberis decesserit, Sejus heres esto; sin vero liberos susceperit, Cajus heres esto.*

esto. In hoc igitur casu certissimum est, præsumtionem nullatenus locum habere, sed unice standum esse iudicio testatoris a suis bonis liberos heredis in conditione positos oppido excludentis, five liberi deinde essent testatori agnati, v. g. fratris filii, five non; præsumptio enim semper cedit veritati. Unde nec cum his ego quidem facio, qui mediam sententiam amplexi sustinent, instituti heredis liberos in conditione positos, saltem tunc, si testatori sanguine conjuncti sint, in dispositione comprehensos esse.

§. XV.

Equidem favor liberorum se se in eo exerit in hac v. g. specie: *Si heres meus sine liberis decesserit, Sejus heres esto* (§. 14); quod nimirum substitutione per existentiam liberorum extincta patri suo heredi instituto succedant ab intestato. Exinde tamen, utut exclusus sit Sejus
sub-

substitutus in casum, quo heres institutus non sine liberis decesserit, utpote in quorum favorem hæc exclusio facta, nondum inferre licet: ergo liberi in conditione positi, sunt etiam comprehensi in dispositione, scilicet *testamentaria*, de qua hic unice disceptatur, si status præsentis quæstionis rite formetur. Sufficit enim favorem illum a testatore intentum satis obtineri per hoc, quod liberi in conditione positi suo patri successuri sint ab intestato.

§. XVI.

QUARTUM fundamentum nobis sup-
peditat hæc testamenti formula:
*Si vivo me filius meus decedet, Se-
jus heres esto.* Jam in hoc casu fi-
lius patri superstes certo certius facit
conditionem, sub qua Sejus est insti-
tutus, deficere, adeoque testamentum
per hoc fit destitutum, & res tota
deducitur ad causam intestati; succe-
dit

dit igitur filius indubitanter patri, tanquam heres legitimus; nec est, qui hanc ei hereditatem auferat. Et sane frustra diceretur, filium esse in testamentaria dispositione, seu hominis, quum fatis ei sit, esse in dispositione legis, quin immo subinde magis expedit filio, esse in dispositione legis, quam hominis, si scilicet testamentum legatis oneratum foret. Unde, si pater testamento suo ita cavit: *Si filius meus literas non colat, sit mihi heres Cajus* (§. 10): hoc certe in casu, patrem filium sedulo literis vacantem, potius ab intestato, & sic absque ullo onere, quam ex testamento multis legatis onusto, ex quo filius esset obligatus ad ea omnia præstanda, succedere voluisse, tuto arguere licet.

§. XVII.

Ex hætenus deductis patet, præsumptionem, quod testator eum, quem in conditione posuit, magis dilexe-

lexerit, adeo concludentem non esse, ut in *conditione* positus, in *dispositione* quoque positus esse censeatur. Prædilexit quidem Avus suos nepotes in conditione positos, ut hi superstitēs excludant substitutum: at vero eos magis, quam filium suum, & ita dilexisse, præsumi nequit, ut hic illis hereditatem restituere necesse habeat, quem utpote ex se immediate descendentem primo loco, & expresse quidem in dispositione, non vero uti liberos, scilicet suos nepotes in conditione tantum posuit. Ex quo sequitur, ut nullatenus intercedat interpretatio, juxta quam liberi in conditione positi, censeantur etiam positi in dispositione; neque illorum favor tantus esse potest, ut iidem superstitēs tanquam prædilecti non solum excluderent substitutum, sed etiam filius, qui est ipsorum pater, insuper fideicommisso gravatus esset, quod repugnat & regulis hermeneuticis, & rationi ipsi. Quapropter liberorum fa-

vor, & prætenſa æquitatis ratio ad contrariam interpretationem me nul-
latenus pertrahere poſſunt. Quamvis
enim iterum iterumque regulam in le-
gibus legamus, quod in ultimis vo-
luntatibus ad mentem voluntatemque
teſtatoris quam maxime reſpiciendum,
& non nudis verbis inhærendum ſit,
nihilominus tamen heredis inſtitutio
tanquam fundamentum & baſis totius
teſtamenti (§. 1) non præſumtæ, ſed
expreſſæ teſtatoris voluntati inniti de-
bet; proinde circa quæſtionem, *an*
ſcilicet inſtitutus, vel ſubſtitutus ſit
heres? per verba *diſpoſitiva* conſta-
re debet: deinde quoad quæſtionem,
quomodo? verba *enunciativa* ſufficiunt,
& locus eſt conjecturis, ac præſum-
tionibus. Sic quando teſtator plures
inſtituit heredes, illi æquis ex parti-
bus heredes eſſe cenſentur; hoc ſi
nolit, ita demum partium diſtributio
neceſſaria eſt: fatiſ enim colligitur,
nullis partibus nominatis, teſtato-
rem ex æquis partibus eos heredes eſſe

voluisse *L. 9. §. 12. D. §. 6. J. de hered. instit.*; nisi testator unum, vel plures disjunctim, reliquos collective scripserit heredes, v. g. *Titius heres esto, Cajus & Sejus, aut fratris mei filii heredes sunt*; hoc enim casu hereditas non in tot partes æquales dividitur, quot sunt personæ, sed illi, qui collective scripti sunt, pro una persona habentur *L. 13. L. 25. pr. L. 59. §. 2. D. de hered. instit. L. 34. D. de legat. 1. L. unic. §. 10. C. de caduc. tollend.*; nisi celeritatis gratia conjunctio facta sit, & alia sit voluntas testatoris *L. 66. D. de hered. institut. L. 88. §. 6. D. de legat. 2.* Porro partibus in quorundam heredum personis expressis, si quis alium sine parte nominaverit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres intelligitur; & si plures sine parte scripti sunt, omnes illi in partem vacantem concurrunt. *L. 17. pr. §. 3. & 4. L. 18. D. de hered. instit. L. ult. D. de bon. possess. sec. tab.*

§. XVIII.

Tandem resolvamus singulas cum institutionum, tum substitutionum conditiones superioribus paragraphis adlatas, & quænam ex quolibet inferenda veniat propositio, paucis videamus. **EX PRIMA** conditione, quam posuimus in (§. 10), revera non plus inferre licet, quam hoc: *Si filius meus literas colat, non sit heres Cajus.* **EX ALTERA** eodem (§. 10) posita fic: *Et si filius meus post se reliquerit liberos, Sempronius heres non esto.* **TERTIA**, quæ habetur in (§. 13), resolvenda est ita: *Mevius, si servum suum nequam e domo non ejecerit, etiam non sit mihi heres.* **QUARTA** conditio: *Si heres meus sine liberis decesserit, Sejus heres esto:* quæ continetur in (§. 14), nulla prorsus indiget expositione, quum jam testator ipse declaraverit, quid fieri velit in alterum casum, si heres liberos susceperit, scilicet

licet non Sejum, sed Cajum debere tunc esse heredem. QUINTA & postrema conditio in (§. 16) adlata sic convertitur: *Si vivo me filius meus non decedet, Sejus heres non esto.* Ex his igitur quivis facili negotio intelligere poterit, præter exclusionem instituti, vel substituti heredis nihil positivi involvere omnes, quotquot adductæ fuerunt, conditiones; adeoque in *conditione* positos, non etiam in *dispositione*, seu institutione esse comprehensos, palam esse.

§. XIX.

QUINTUM fundamentum derivamus ex *L. 8. D. si quis omiss. caus. test.*; in qua dicit ULPIANUS: *Si quis sub conditione dandorum decem, vel qua alia, quæ in dando, vel in faciendo fuit, heres institutus, ommissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, videndum est, an huic, in cujus personam conditio collata est, sub-*

subveniri debeat? & magis est, ne subveniatur, neque enim legatarius est. Quum autem ULPIANUS ex illo principio, quod conditio non disponat, neget, Titium esse in dispositione, quando testator aliquem instituit heredem sub conditione: *Si Titio dederit decem:* immo nequidem legatarius sit, consequens ergo est, ut positus in conditione, non etiam in dispositione comprehensus intelligatur.

§. XX.

Equidem FACHINÆUS adferit (a), in casu *cit. L. 8. D. si quis omiss. caus. test.* in arbitrio heredis positum esse, non dare Titio decem, eumque ideo legatarium non esse; econtra in hypothese nostra liberos in conditione positos, si nascantur, ab herede excludi non posse, quia ipsi a testatore vocati, ac substituto prælati essent. Verum nonne redit quæstio, quare ergo in specie *cit. L. 8. D. si quis*

quis

quis omiff. Titius ille legatarius non fit? Ad hoc respondet FACHINÆUS, quia heres ei decem dare non obligatur. Sed quæso, cur hoc? respondet ille iterum, quia legatarius non est. En circulum vitiosum, adeoque responfionem pariter vitiosam.

(a) Lib. IV. Controvers. Cap. 51.

§. XXI.

SEXTUM fundamentum nobis præbet *L. 16. in fin. D. de vulg. & pupill. substit.*, in qua POMPONIUS ait: *Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, SI VIVO SE FILIUS DECEDAT: non potest dici rumpi prius testamentum, quia secundum non valet, in quo filius præteritus sit.* Quum autem juxta cit. legem filius in hac specie, si pater ita disposuit: *si vivo me filius decedat, Sejus heres esto* (§. 16), habeatur pro præterito, hoc autem POMPONIUS dicere non potuisset, si
filius

filius foret in dispositione hominis, consequens ergo est, ut liberi positi in conditione, non sint positi in dispositione, seu institutione; alias enim pro præteritis haberi non possent. Quod autem liberi ad paternam hereditatem lege vocati sint, nemo unquam negare aufit, si pater eos ipse non vocarit, legis dispositioni adquiescens.

§. XXII.

SEPTIMUM fundamentum ponimus in *L. 19. D. de hered. instit.*, in qua ULPIANUS ait: *Ex facto etiam agitatum Pomponius & Arrianus referunt; si quis vacua parte relicta ita instituerit: SI MIHI SEJUS HERES NON ERIT, quem non instituerat, SEMPRONIUS HERES ESTO: an hic occupare possit vacantem portionem; & Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti. Aristo contra putat, quia huic pars est data, quæ nulla esset: quam sententiam & Javolenus probat,*
&

& *Pomponius*, & *Arrianus*, & hoc jure utimur. Quum vero juxta cit. legem in hac specie: *Si mihi Sejus heres non erit*, qui expresse non erat institutus, *Sempronius heres esto*, probet *ULPIANUS* sententiam negantium, *Sejum* in conditione positum, esse in dispositione, & ob hanc ipsam rationem adferat, *Sempronium* ad vacantem portionem non esse admittendum, quia huic pars esset data, quæ nulla esset, nam ubi non est institutio, ibi nec substitutio locum habere potest, & substitutus tantum admittitur ad partem deficientis heredis, consequens ergo est, ut liberi positi in conditione, non censeantur comprehensi in dispositione.

§. XXIII.

OCTAVUM denique fundamentum consistit in *L. I. C. de pact.*, in qua habetur sequens casus: Instituerat testator heredem *Philinum*, a quo

quo petierat, ut, *si sine liberis de-
deret*, hereditatem Licinio Frontoni,
fratri suo restitueret. Testatore vita
functo Philinus eo tempore, cum li-
beros nondum sustulisset, paciscitur
cum suo fratre Licinio Frontone de
Sextante eidem dando, ut hoc scili-
cet accepto remitteret onus fideicom-
missi. Sed postea ex hac luce dece-
dens filium reliquerat cognominem
Philinus. Quærebat hic, an sui pa-
tris pactum impugnare posset? Et re-
spondebant Imperatores SEVERUS &
ANTONINUS in *cit. L. I. C. de pact.*
illud impugnari non posse. Ex hac
igitur lege, ut inde desumta proba-
tio nostræ adsertionis eo clarius pa-
teat, ita licet argumentari: si positus
in *conditione* Philini filius, fuisset etiam
in *dispositione*, pactum hoc utpote in
sui præjudicium initum omnino im-
pugnare potuisset; hereditas enim per
modum fideicommissi ab herede filio
suo tunc restituenda fuisset, conse-
quenter pater fideicommisso gravatus
eam

eam in filii præjudicium valide non potuisset alienare; *quia satis absurdum est, & irrationabile, rem, quam in bonis suis pure non possidet, ad alios posse transferre, & alienam spem decipere* L. 3. §. 2. in fin. C. comm. de legat. Quum igitur in cit. L. 1. C. de pact. dicatur, pactum inter Philinum ejusque fratrem Licinium Frontonem de *sextante* ei dando initum subsistere, nec a filio Philini impugnari posse, consequens ergo est, ut Philini filius in conditione positus non fuerit quoque in dispositione.

§. XXIV.

Nec subsistit responsio, quam ARNOLDUS PAULI ad cit. L. 1. C. de pact. adfert, dum ait (*a*), regulam illam, quod fiduciarius hereditatem fideicommissariam alienari non possit in fideicommissarii heredis præjudicium, suas pati exceptiones, quoties nimirum ex prægnante causa, vel testa-

testatoris voluntate talis alienatio facta est: jam vero in casu cit. legis plane singulari ejusmodi prægnantem causam visam esse SEVERO & ANTONINO, eo quod isti Imperatores ibidem dicant, *conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventionem finitum est.* Quamvis vero, quænam fuerint istæ non iniquæ conditiones, ex ipsa cit. legis lectione satis perspicui haut queat. *Ita ille.*

(a) In Differt. de liberis in conditione positis, comprehensis etiam in dispositione.
§. 19.

§. XXV.

Verum facile animadvertitur, quænam fuerit ratio decidendi casum in cit. *L. 1. C. de pact.* propositum: nimirum hæc, quod liberi in conditione positi, non etiam sunt in dispositione, ac proinde pater illorum necesse non habuit, liberis suis hereditatem restituere, sed potuit de ea valide pacisci (§. 10). Neutiquam

quam vero adlegari potest ratio, quam odoratum esse deprehendo ARNOLDUM PAULI *loc. cit.*, qui ait: fuit hæc fortasse, quod pacti tempore PHILINUS liberos nondum sustulisset, adeoque incertum fuerit, an ei aliqui sint nascituri, nec ne; ob quam incertitudinem, quia fieri poterat, ut fideicommisso esset locus, vel non esset, recte pacisci potuerunt fratres inter se, ut pro incerto quid certi alter alteri daret, ac utrique consuleretur. At vero, nonne bona fideicommisso obnoxia æque censentur inter bona aliena, ac feudalia? Quis autem adeo peregrinus est in jure feudali, ut adfirmet, pactum feudi siue totius, siue partis alienativum subsistere, saltem liberis nondum natis, ob incertam liberorum supernascentiam? Nunquid, ubi etiam conditionate sunt bona restitutioni subiecta, tacite inest alienationis prohibitio, ut adparet ex *Auth. res, quæ C. comm. de legat.* Satis enim absurdum est,

&

& irrationabile, quempiam posse rem, quam in bonis suis pure non possidet, ad alium transferre, & alienam spem decipere. *L. 3. C. comm. de legat.*

§. XXVI.

Adducitur porro ex mente ARNOLDI PAULI *cit. loc.* & hæc cerebrina ratio, quod sic sublatum fuerit votum captandæ mortis, quo remoto demum concordia fratrum retineatur, quam rationem *cit.* Auctor dicit in casu vero simili adlegari in *L. 11. C. de transact.* At vero legem hanc penitus inspicienti patebit, ibidem contineri hypothesin omnino dissimilem casui *cit. L. 1. C. de pact.* Illa enim in terminis, ut ajunt, terminantibus agit de patre transigente inter suos liberos consentientes, qui proinde suo consensu sibi præjudicare poterant, uti dicitur his verbis formalibus: *De fideicommisso a patre inter Te & Fratrem tuum vicissim dato,*

to, si alter vestrum sine liberis decesserit, interposita transactio rata est, cum fratrum concordia remoto captanda mortis alterius voto improbabili retinetur; & non potest eo casu rescindi, tanquam circumventus sis, cum tali pacto consenseris. Ex quo clare patet, causam ineundae transactionis quidem fuisse conservationem concordiae fratrum, rationem autem decidendi, cur inita transactio fuerit rata, unice poni in consensu: ibi *rescindi non potest, cum tali pacto consenseris.*

§. XXVII.

Denique BRUNNEMANNUS ad *cit. L. I. C. de pact.* cum multis aliis dicit, Philinum & Licinium Frontonem fuisse testatoris filios; qua stante hypothese Philinum nihil præter *sextantem*, id est, legitimam suam alienasse ajunt; adeoque quum legitima fideicommissio non subjaceat, nihil Philinum alienasse, quod a se foret

D ret

ret filio suo restituendum, sed suam tantum legitimam distraxisse, & quidem absque ullo filii præjudicio, quia hæc fideicommissio non continebatur. Verum, quidquid sit de hac conjectura, scilicet Philinum, & Licinium Frontonem fuisse testatoris filios, id tamen mihi dabunt adversarii, & illi ipsi satis compertum habebunt, quod legitima postmodum aucta ad *trientem*, vel *semissem* pro ratione numeri liberorum, jam olim indistincte fuerit tamen QUARTA: ergo manifestissimo argumento non *sextantem*, seu duas uncias, sed *sesqui unciam* alienare potuisset Philinus.

§. XXVIII.

Manifesto huic argumento nondum adquiescunt dissentientes, immo ultra obloquuntur, alienationem *sextantis*, seu duarum unciarum in *cit. L. I. C. de pact.* pronunciari validam, eo quod filius, quem reliquerat

rat cognominem pater PHILINUS, factum sui patris, cujus heres extiterat, præstare debuerit; alioquin proprio facto, quum defunctus & heres habeantur pro una eademque persona, contravenisset. Sed nunquid divinatoria hæc sunt? utrum enim filius superstes patri heres fuerit, nec vola, nec vestigium in *cit. L. I. C. de pact.* adparet. Quapropter ratio decidendi neque est ista, quod filius tanquam heres patris non possit ejus factum impugnare, adeoque pactum initum; sed hæc unica, quia liberi in conditione positi, non sunt etiam in dispositione.

§. XXXIX.

Positis hisce fundamentis, quibus nostram adsertionem superstruximus, transimus ad argumenta adversariorum, atque quid in recessu habeant, breviter examinabimus. PRIMUM itaque adversariorum argumentum in eo consistit, quod fideicom-

missum non tantum expresse relinqua-
tur, sed tacite etiam ex conjecturis
inducatur *L. 64. D. de legat. 2.*, in
qua dicitur: *In causa fideicommissi ut-
cunque precaria voluntas quæreretur,
conjectura potest admitti.* Ex qua in-
ferunt, positum in conditione, saltem
tacite in dispositione fideicommissaria
positum esse.

§. XXX.

Equidem admittimus conjecturas &
nos, modo sint in jure fundatæ;
non enim negamus fideicommissi di-
visionem in *expressum*, quod expref-
sa, & *tacitum*, quod tacita testato-
ris voluntate relinquitur *L. 17. pr.*
L. 74. D. ad Sc̃tum trebell. L. 69.
§. 3. D. de legat. 2. L. 114. §. 14.
D. de legat. 1. At vero nobis ne-
quaquam liberum est, comminisci con-
jecturas, quum non nisi ex legibus
illæ sint petendæ. Jctus cognoscere
debet disponentis voluntatem aut ex
ver-

verbis, aut per legales conjecturas. Quod autem verba conditionalia: *Si sine liberis decesserit*: ad fideicommissum inducendum plane non sufficiant, tam ex adlatis supra rationibus, quam ex legum textibus abunde liquet: sicut & hoc, quod in fideicommissio tacito liberi æque sint in dispositione, ac in expresso.

§. XXXI.

ALTERUM argumentum collocant adversarii in *L. 30. C. de fideicom.*, in qua lege dicitur: *Ne videatur testator alienas successiones propriis antepondere.* Ex qua lege inferunt adversarii, saltem in liberis hæc clausula: *Si sine liberis decesserit*: inducere fideicommissum, & liberos extraneis fideicommissariis esse prælatos, atque ex testatoris voluntate ad successionem vocatos. Idem quoque adferit MANTICA (*a*) una cum legione consentientium Auctorum, qui omnes

nes existimant, liberos in conditione positos, saltim tacite in dispositione esse positos.

(a) De conjectur. ultim. volunt. Lib. XI. T. 3.

§. XXXXII.

Verum hoc argumentum probat nimium, adeoque nihil: nimium certe probat, quum decisio *cit. L. 30. C. de fideicom.* in casu etiam non expressæ istius conditionis: *Si sine liberis decesserit*: obtineat; videlicet si pater filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videtur disposuisse, nisi quum filius ejus sine sobole vitam suam reliquerit; non autem, ut liberi relictī fideicommissarii essent.

§. XXXXIII.

TERTIUM adversariorum argumentum in eo fitum est, quod saltim in casu hujus expressæ conditionis:

nis: *Si sine liberis decesserit*: liberi esse debeant heredes fideicommissarii; alias enim conditio illa nihil operabitur. Ex quo igitur inferunt, liberos in conditione positos, etiam in dispositione ad minimum tacite esse comprehensos.

§. XXXIV.

Verum negamus suppositum, hanc conditionem nihil operari, operatur enim multum; siquidem conditionis hujus eventus facit tunc subsistere fideicommissum quoad extraneum, licet non quoad liberos in conditione positos, utpote qui non sunt in dispositione, prout ex hactenus deductis & probatis satis abundeque constat: non entis enim nullæ sunt, nec esse possunt qualitates, nulla accidentia. Et hinc liberorum intuitu illa conditio fideicommissum operari nequit, quum nihil ponat in esse (§. 12): deficiente autem conditione, seu
fi

si liberi fuerint superstites, deficit quoque & fideicommissoria extranei substitutio. Ex quo satis evidens est, conditionem hanc: *Si sine liberis decesserit*: insignem producere effectum, nam, si liberi extent, expirat fideicommissaria substitutio; sin vero non extent, locus datur fideicommissariæ substitutioni.

§. XXXV.

QUARTUM argumentum defumunt adversarii ex *L. 37. pr. D. de hered. instit.*, in qua dicitur, cum in testamento ita scribitur: *Si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto*: duo gradus heredum sunt: nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. Ex qua lege inferunt, filium hic in conditione positum, quoque positum esse in dispositione, quoniam juxta cit. legem duo gradus heredum sunt, scilicet filius in primo gradu seu institu-

stitutionis, & nepos in *secundo*, seu substitutionis; adeoque verum esse, liberos in conditione positos, simul in dispositione comprehensos esse.

§. XXXVI.

Verum cit. lex nostram adsertionem potius confirmat, quam infirmat. Quanquam enim ibidem dicatur, duos gradus heredum esse, quando testator ita scripsit: *Si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto*: nihilominus, quum cit. lex agat de formula *Legis Gallus 29. D. de lib. & post.*, præsupponitur indubie filii institutio; nam inde consultum, ut, si avus, qui filium, & ex eo nepotem habet, testari velit, simul nepotem scribat heredem, quia, si forsan vivo adhuc avo decederet filius institutus, nepos suus heres foret; & ita, si hic non sit institutus, tanquam quasi postumus (§. 5. VII) rumperet testa-

testamentum. *L. 13. D. de injust. rupt. irr. test.*

§. XXXVII.

QUINTNM argumentum adversarii invenisse credunt in *L. 41. §. 8. D. de vulgar. & pupill. substit.*, in qua dicitur: *Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: Ille filius meus, si (quod abominor) intra pubertatis annos decesserit, tunc in locum partemve ejus Titius heres esto: non magis, quam si post demonstratam conditionem sibi heredem esse substitutum jusserit.* Exinde inferunt adversarii, filium juxta cit. legem positum in hac conditione, *si intra pubertatis annos decesserit*, quoque positum esse in dispositione; adeoque satis constare, liberos in conditione positos, etiam in dispositione, seu institutione comprehensos esse.

§. XXXVIII.

§. XXXVIII.

Verum negamus suppositum, in cit. lege filium esse positum in conditione: nam filius in alia testamenti parte institutus supponitur, quoniam ei alioquin fieri non potuisset substitutio, quum omnis substitutio præsupponat institutionem, quippe quæ nihil aliud est, quam *institutio heredis secundi, vel ulterioris gradus in locum deficientis primi* L. 1. pr. L. 36. pr. L. 43. §. 2. D. de vulgar. & pupill. substitut. Atque id ipsum etiam abunde satis colligitur ex ipsa cit. Lege 41., ubi dicitur: *Ille filius meus, si intra pubertatis annos decesserit: nam hic subintelligitur, heres esto: adeoque filius fuit institutus sub conditione, si intra pubertatis annos non decesserit, & si forsan decesserit, ei Titius fuit substitutus.* Ex quo patet, illam propositionem v. g. *Ille filius meus heres esto, & si inter pubertatis annos decesse-*

cesserit, ei Titius heres esto: minime confundendam esse cum hac propositione: Si filius meus intra pubertatis annos decesserit, ei Titius heres esto: priore enim casu filius est positus in dispositione, seu institutione; posteriore autem casu in conditione. Inde simul elucet, magnum intercedere discrimen inter institutum, aut substitutum sub conditione, & positum in conditione, quæ duo ARNOLDUS PAULI (a) cum multis aliis perperam confundit.

(a) In cit. Dissert. de lib. in condit. posit. &c. Cap. II. per tot.

§. XXXIX.

Hæc igitur sunt præcipua adversariorum argumenta: reliqua tanquam minoris momenti silentio prætermittimus, præsertim quum ita comparata sint, ut prudens lector ex principiis hætenus stabilitis facili ea negotio refutare queat; adeoque plane

ne non est, cur his recensendis, atque refellendis diutius immoremur. Ceterum ante, quam huic Disquisitioni finem imponamus, silentio præterire noluimus id, de quo testatur *ZOESIUS ad Tit. D. de hered. institution. num. 8.*, quod tamen nostris Principibus sententia contraria placuerit, liberos scilicet in *conditione* positos, cenferi positos & in *dispositione*, atque ita vocatos ex testamento; quam sententiam ad tollendam omnem ambiguitatem quodam *Edicto anni 1611. art. 18.* confirmarint; moti forsitan hac ratione, quod, quum testator alienationem bonorum impediverit in gratiam extranei per fideicommissum, multo eam impeditam voluerit in favorem liberorum instituti. Verum, quidquid sit, in aliis tamen provinciis, & territoriis imperii Germanici, ubi ejusmodi non viget statutum, inhærendum esse juri communi, minime dubita-

bitamus. Unde concludimus, stante
 juris Romani theoria liberos in *con-*
ditione positos, in *dispositione*, seu
 institutione non esse comprehensos:
 id quod fundamentis supra adductis,
 ni egregie fallamur, demonstravimus
 satis.

